

### **A SUPRESSÃO DE LIMINARES POR MEDIDA PROVISÓRIA**

O Poder Executivo Federal editou medida provisória vedando aos juízes o deferimento de provimentos liminares contra os efeitos de leis que implantaram o chamado "Plano Collor".

A medida provisória é uma inovação da Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, qualquer discussão acerca do respectivo alcance deve partir de uma noção básica a seu respeito.

Os provimentos liminares são conhecidos dos bacharéis em Direito, mas a circunstância de que a palestra é dedicada basicamente a estudantes justifica uma digressão a propósito deles, antes do encaminhamento do tema cujo interesse está relacionado com a constitucionalidade, ou não, de sua supressão.

A questão está posta, em termos jurisdicionais, através de ação direta de inconstitucionalidade, e o fato de que nesta o Supremo Tribunal Federal já indeferiu, em nível de tutela cautelar, a suspensão da eficácia da indigitada medida provisória, coloca um complicador nesse quadro, como adiante será explicitado.

Sob o pano de fundo, está uma realidade que deve ser urgentemente modificada: a de que o provimento liminar, em face da permanente mora do Poder Judiciário, se transformou praticamente no único meio eficaz de tutela judicial.

As distorções daí decorrentes supervaloriza a importância das liminares, que num contexto normal teriam outra dimensão.

---

\* Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 25.05.1990, no ciclo relativo a "Temas Atuais de Direito Tributário", promovido pelo Departamento de Direito Econômico e do Trabalho.

\*\* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 19/06/1995.

Uma análise de todos esses fatores será útil para a boa compreensão da matéria, a saber:

1) Qual o teor da medida provisória que tolheu, de um trecho jurídico importante, a tutela judicial cautelar, não apenas aquela atinente ao capítulo dos provimentos liminares a cujo respeito o noticiário jornalístico enfatizou?

2) Que novidade é essa que, sob o nome da medida provisória, tem efeitos previstos pelo prazo de 30 (trinta) meses, a contar de 15 de março de 1990, ou seja, até 15 de setembro de 1992?

3) O que é um provimento cautelar? Quando o juiz está autorizado a deferi-lo? Trata-se de um poder ilimitado sujeito à prudente discricção judicial, ou há precedentes restringindo essa forma de tutela? Se existem, como foram recebidos, e em que grau se nivelam com a vedação agora estabelecida?

4) Qual o critério que deve ser utilizado para avaliar a constitucionalidade da lei que restringe a tutela judicial, quando isso não se dá por modo explícito? À base dele, como deve ser vista a medida provisória cuja validade é objeto de debate?

5) Sabido que o juiz nos casos concretos pode deixar de aplicar lei que reputa inconstitucional (o chamado controle difuso), até que ponto sua competência para esse efeito subsiste quando - como na espécie - o Supremo Tribunal Federal, denegando o provimento liminar na ação direta de inconstitucionalidade da medida provisória (na via do controle dito concentrado), declara obliquamente que dela não sobressaem os requisitos indispensáveis à tutela cautelar imediata?

6) O Código Tributário Nacional, que tem o "status" de lei complementar, prevê especificamente a liminar em mandado de

segurança como meio de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV). Uma medida provisória pode revogar dispositivo de lei complementar? Por outro lado, o depósito destinado a impedir a exigibilidade do crédito tributário enquanto se discute a respectiva legalidade (art. 151, II) subsiste, ou não?

### **A MEDIDA PROVISÓRIA**

No regime da Constituição anterior, o Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não houvesse aumento de despesas poderia expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I — segurança nacional; II — finanças públicas, inclusive normas tributárias; III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos (art. 55, "caput"). Publicado o texto, com vigência imediata, o Congresso Nacional tinha de aprová-lo ou rejeitá-lo dentro de 60 (sessenta) dias, sob pena de que a aprovação resultasse do decurso de prazo (parágrafo primeiro). Em caso de rejeição, subsistiriam os efeitos dos atos até então praticados (parágrafo segundo).

A prática daí resultante foi ruínosa. Matérias importantes foram sistematicamente aprovadas por decurso de prazo. Mas a atual Constituição, imbuída da certeza de que casos de relevância e urgência não poderiam prescindir de um instrumento assemelhado, criou as chamadas medidas provisórias. "Em caso de relevância e urgência" — diz o art. 62 — "o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de 5 (cinco) dias. Parágrafo único - As medidas provisórias perderão a eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 (trinta) dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas daí decorrentes.

Diversamente do decreto-lei, a medida provisória não tem campo reservado. Pode prover a respeito de qualquer matéria. No mais, parece um decreto-lei ao contrário, até porque convive com emendas. O decreto-lei era aprovado por decurso de prazo depois de 60 (sessenta) dias da respectiva publicação. A medida provisória perde a eficácia após 30 (trinta) dias de sua publicação, "devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes". A Resolução nº 1, de 02 de maio de 1989, dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias. Pelos respectivos termos, Comissão Mista, integrada por 6 (seis) Senadores e 6 (seis) Deputados e igual número de suplentes, terá inicialmente o prazo de 5 (cinco) dias para emitir parecer acerca da admissibilidade da medida provisória, conferindo os pressupostos de urgência e relevância (art. 5º). Admitindo a medida provisória, o parecer da Comissão deverá examinar a matéria quanto aos aspectos constitucional e de mérito (art. 79). Aprovada sem alteração de mérito, a medida provisória terá o texto encaminhado ao Presidente da República para publicação como lei (art. 18).

O Congresso Nacional, no entanto, já admitiu a reedição de medida provisória, vale dizer, a possibilidade de que, findo o prazo de 30 (trinta) dias sem a apreciação do Poder Legislativo, nova medida seja publicada. Isso, mais o fato de que medidas provisórias têm sido utilizadas até para normatizar matéria penal, provocou a iniciativa do Dep. Nelson Jobim de regular-lhe a edição e o processo legislativo. O Projeto de Lei Complementar nº 223, de 1990, que traduz a preocupação com o emprego indevido de medidas provisórias, contém, entre outras, as seguintes limitações: não serão admitidas aquelas que tratem de legislação sobre a qual é vedada a delegação legislativa pelo Congresso Nacional; de matéria penal; sobre contas correntes bancárias e depósitos de poupança; a respeito de matéria constante de projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção presidencial nos 30

(trinta) dias imediatamente anteriores à publicação da medida. Ainda: a medida provisória rejeitada não poderá ser reeditada, no todo ou em parte, na mesma sessão legislativa, facultada sua apresentação na forma de projeto de lei; a medida provisória rejeitada não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 30 (trinta) dias poderá ser reeditada uma só vez e no dia subsequente ao final do referido prazo; a medida provisória, antes de sua conversão em lei, é insuscetível de retirada, revogação, ab-rogação, modificação ou suspensão de eficácia por outra medida provisória. Finalmente, não convertida, total ou parcialmente, em lei uma medida provisória, o Congresso Nacional editará, no prazo de 60 (sessenta) dias, decreto legislativo dispondo sobre as relações jurídicas dela decorrentes; não editado decreto legislativo dentro do prazo referido, as relações jurídicas decorrentes da medida provisória, total ou parcialmente não convertida em lei, conservar-se-ão por ela regidas — circunstância, a última, que ressuscita uma das características do decreto-lei, a de que a rejeição não apagava os efeitos praticados durante sua vigência.

Essa iniciativa é de constitucionalidade duvidosa. No nosso ordenamento jurídico, a lei complementar é aquela que versa sobre matéria expressamente prevista no texto constitucional. A Constituição quer que determinados assuntos tenham disciplina mais estável, e nesses casos exige aprovação pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Se o legislador se vale da lei complementar para regular outros temas, atribui a esse regramento efeitos que a Constituição não previu. Em termos sistemáticos, ele invade a competência da lei ordinária, e a lei complementar, em função disso, pode ser revogada por outra lei ordinária. O art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal não prevê a edição de lei complementar para restringir o alcance das medidas provisórias. De sorte que ou as medidas provisórias, pela própria natureza, não têm acesso a alguns assuntos ou esses assuntos podem ser

delimitados pela lei, no caso, a ordinária, nunca a complementar, por falta de assento constitucional.

### **PROVIMENTOS LIMINARES**

Na sua concepção clássica, o processo se desdobra em três tipos de tutela: a de conhecimento, a de execução e a de cautela. O processo de conhecimento oportuniza o desate da controvérsia mediante a aplicação do direito incidente na espécie. O processo de execução enseja os meios para que o título judicial (sentença) ou os extrajudiciais (aqueles nominados em lei) sejam cumpridos; o processo cautelar serve para atender situações que, em razão de urgente necessidade, exigem provimento judicial imediato.

Os provimentos liminares estão indissoluvelmente vinculados ao processo cautelar. Mas também se encontram no processo de conhecimento. Algumas ações especiais, no âmbito deste, se caracterizam pela possibilidade do provimento liminar, de que é exemplo o mandado de segurança. No processo cautelar, os provimentos liminares existem em alguns procedimentos cautelares previstos no Código de Processo Civil e no chamado procedimento cautelar inominado (assim conhecido porque decorre do poder cautelar geral do juiz, sem rótulo na medida em que deve atender a todos os casos que a necessidade desse tipo de tutela impõe).

A Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, se refere aos provimentos liminares próprios dos procedimentos cautelares e do mandado de segurança. A Medida Provisória nº 181, de 17 de abril de 1990, contemplava, como visto, também as ações ordinárias, numa evidente impropriedade técnica, prontamente corrigida, porque nestas o provimento liminar é inviável.

À parte, os procedimentos cautelares específicos (arresto, seqüestro, caução, etc.), de pouco alcance quanto aos provimentos liminares cuja concessão se visa a evitar, a tutela imediata, embora em tom de provisoriedade, depende de "fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação" (art. 798 do Código de Processo Civil). No mandado de segurança, o ato que deu motivo ao pedido pode ser suspenso "quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" (art. 7º, II, Lei nº 1.533, de 1951).

Os procedimentos cautelares inominados não são autônomos, estando vinculados a outro processo, dito principal, em que a lide está - ou estará - sob julgamento. O mandado de segurança é uma entidade autônoma, em outras palavras, uma ação como qualquer outra de conhecimento, apenas que dotada de rito sumário. Disso derivam conseqüências: o provimento liminar no mandado de segurança esgota a tutela cautelar nesse tipo de ação, enquanto nos procedimentos cautelares é apenas uma etapa de um processo em que se vai discutir unicamente a necessidade, ou não, dessa tutela, independentemente do mérito da lide instalada no procedimento principal. Por isso, no mandado de segurança, o provimento liminar é irrecorrível, só podendo ser atacado através de outro mandado de segurança, desta feita contra o ato judicial que fez por concedê-lo. Nos procedimentos cautelares, o provimento liminar tem recurso específico, o do agravo de instrumento.

O mandado de segurança se destina ao controle judicial dos atos de autoridade. A presunção de que os atos desta sejam legais não poderia ficar sem uma garantia para os interesses públicos que toda autoridade deve resguardar. Daí a razão pela qual o provimento liminar no mandado de segurança, bem assim a execução da sentença de primeiro grau, podem ser suspensos pelo Presidente do Tribunal, a requerimento de pessoa jurídica de direito público, "para evitar grave lesão à ordem, à

saúde, à segurança e à economia públicas" (art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964).

O procedimento cautelar pode servir para o ataque a atos de autoridade, e curiosamente nesse caso o Presidente do Tribunal não tem competência para suspender quer o provimento liminar quer a execução da sentença de primeiro grau, da qual só cabe apelação com efeito devolutivo (art. 520, III, do Código de Processo Civil). Curiosamente - diz-se - porque a Lei nº 7.969, de 22 de dezembro de 1989, estendeu aos procedimentos cautelares o disposto nos arts. 5º e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, deixando de fazê-lo quanto ao art. 4º, que trata precisamente da prerrogativa, que o Presidente do Tribunal tem, de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

### **MEDIDAS PROVISÓRIAS QUE SUPRIMIRAM LIMINARES**

Diversamente do que pareceu até aqui, mais de uma medida provisória teve por objeto restringir a concessão de liminares.

Inicialmente, a Medida Provisória nº 181, de 17 de abril de 1990, dispôs que "não será concedida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Leis nºs 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, 8.014, 8.012, 8.021, 8.023, 8.024, todas de 12 de abril de 1990, aplicando-se-lhes o disposto no parágrafo único do art. 52 da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964". Havia aí duas restrições: além de não ser concedida a medida liminar, a execução da sentença só se daria após o trânsito da sentença em julgado, providência - a última - inusual quando se trata de mandado de segurança cuja concessão em primeiro grau tem execução imediata a despeito da remessa "ex officio", e também no caso da ação cautelar, cuja apelação não tem efeito suspensivo.



Depois, esse regramento foi revogado pela Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, a qual limitou a restrição pelo prazo de 30 (trinta) meses, a contar de 15 de março de 1990, nos feitos judiciais que versem matéria contida nas Leis nºs 8.012, de 04 de abril de 1990, 8.014, de 06 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033 e 8.034, todas de 12 de abril de 1990, e nas Medidas Provisórias nºs 176, de 29 de março de 1990, 178, 179 e 180, de 17 de abril de 1990, ou nas leis resultantes das conversões destas, não serão concedidas: I - as medidas cautelares de que tratam os arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil; II - as medidas liminares em mandados de segurança. Parágrafo único - Nos feitos referidos neste artigo, a sentença concessiva da segurança, ou aquela que julgue procedente a ação, estará, sempre, sujeita ao duplo grau de jurisdição, somente produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal.

Finalmente, o texto originário, publicado no Diário Oficial da União de 24 de abril de 1990, foi corrigido dois dias depois, a 26 de abril, para referir-se, no inciso I, não mais a medidas cautelares mas a liminares nas medidas cautelares.

A Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, fez correções materiais à Medida Provisória nº 181, de 17 de abril de 1990, e alterou-a em aspectos substanciais. No primeiro caso, datou corretamente as leis referidas, que antes haviam sido — todas — reportadas ao dia 12 de abril de 1990. No segundo caso, ampliou o seu alcance para abranger também medidas provisórias e leis resultantes de eventual conversão; atenuou o rigor do ditame, agora não mais vinculado ao trânsito da sentença em julgado, mas apenas ao duplo grau de jurisdição, produzindo efeitos após confirmada pelo respectivo tribunal; excluiu do seu âmbito as ações ordinárias, cujo rito é incompatível com a concessão de provimentos liminares.

## **AS LIMITAÇÕES AOS PROVIMENTOS LIMINARES**

Provimentos liminares, na sua forma mais comum, são aqueles que o juiz defere no início do processo, à base da versão de apenas uma das partes. Portanto, fundado em cognição incompleta dos fatos. Por esse motivo, e por outros mais, esse tipo de decisão exige muita prudência do juiz. Agora, há exigências de ordem técnica que devem ser observadas na concessão das liminares. Assim, em linha de princípio, elas não podem ser ordenadas quando esgotem o objeto do processo. Se, por exemplo, a finalidade do mandado de segurança é o desembaraço de insumos destinados à industrialização, a concessão de liminar nessa hipótese prejudica o mérito do litígio. Nem sempre existe o cuidado de evitar esse efeito: o de que a liminar, decisão precária por natureza, se transforme em provimento definitivo. A história judiciária registra mesmo excessos nesse campo. "A utilíssima medida que é a suspensão do ato acoimado de ilegal" - escreveu Celso Agrícola Barbi — "foi grandemente desvirtuada na prática judiciária. O primeiro abuso em grande escala verificou-se entre os anos de 1946 e 1955, a propósito da importação de bens, especialmente automóveis, sem obediência às exigências fiscais e cambiais. Surgiram então os denominados mandados de segurança coletivos, para liberação de várias centenas de veículos de uma só vez. Obtida a liminar e retirados da Alfândega os carros, os impetrantes desinteressavam-se do andamento do feito, retardavam-no deliberadamente, ou mesmo promoviam seu extravio, em conluio com funcionários menos escrupulosos. Quando, afinal, era julgado e negado o mandado de segurança, tornava-se impossível restituir as coisas ao estado anterior, uma vez que os automóveis já haviam sido alienados e estavam dispersos pelo país. Para impedir esses abusos, foi votada a Lei nº 2.770, de 04 de maio de 1956, a qual proibiu a concessão de medidas liminares, em quaisquer ações ou procedimentos judiciais, que visem a obter liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie, procedentes do estrangeiro. Outra modalidade de abuso daquela medida,

largamente utilizada, consistiu no uso de mandados de segurança coletivos, abrangendo, em litisconsórcio ativo, centenas e até milhares de funcionários públicos, pleiteando equiparação ou aumento de vencimentos ou outras vantagens pecuniárias. Muitas vezes foram concedidas liminares, inclusive para percepção de vencimentos ou vantagens atrasadas, como, por exemplo, no caso da gratificação por triênios criada pela Lei nº 3.780, de julho de 1960. Milhões de cruzeiros foram, por força dessas liminares, entregues aos funcionários. Quando foram julgados afinal e denegados os respectivos mandados pela sentença definitiva, tornou-se difícil ao Tesouro reaver aquelas importâncias; alguns impetrantes, naturalmente pouco esclarecidos em questões de direito, supunham que o recebimento era definitivo, não sujeito à restituição; outros já haviam gasto aquelas quantias e não tinham recursos para devolvê-las; acresce, ainda, que parte deles tinha sido entregue aos advogados para pagamento de honorários. A única solução encontrada era o desconto em folha de pagamento de vencimentos, mas esse desconto é legalmente limitado, de forma que enormes somas pagas de uma só vez só podiam ser restituídas através de prestações em longos anos. Esses abusos terminaram por originar a Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, a qual, em seu art. 5º, veda a concessão da medida liminar nos mandados de segurança impetrados para reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou que visem à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Essa proibição foi ampliada pelo art. 1º, parágrafo 4º, da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, que não admite concessão de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias" (Do Mandado de Segurança, Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 203/204).

Publicada a Medida Provisória nº 181, de 17 de abril de 1990, e depois a Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, alguns juristas sucumbiram à tentação de assimilar as limitações nelas contidas

aos precedentes que, sem qualquer contestação, haviam restringido no passado a concessão de provimentos liminares. Na maior parte, as restrições explicitavam, naqueles casos, esse aspecto importante da liminar, o de que ela não pode produzir efeitos irreversíveis nem efeitos cuja reversibilidade seja improvável ou de difícil consecução. A rigor, menos do que uma limitação, os precedentes se ajustavam às boas regras da técnica quanto à concessão das liminares. Dessa natureza não compartilham as regras, por exemplo, do art. 39 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que proibia a concessão de liminar contra ato administrativo decorrente de sua aplicação, e do art. 1º, letra "b", da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, que subordina a eficácia da liminar ao prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por 30 (trinta) dias. Aquele teve vigência durante pouco tempo, revogado que foi pela Lei nº 4.862, de 25 de novembro de 1985, não oportunizando decisões judiciais a respeito. Este é um exemplo típico de lei que não pegou. Jamais foi aplicada, por manifesta inconstitucionalidade, nunca declarada em razão do iterativo descumprimento. Como penalizar alguém, titular de direito cujo fundamento já foi considerado relevante para a concessão da liminar, por circunstância que lhe é estranha, vale dizer, a de que o Estado, através do Poder Judiciário, omite a prestação jurisdicional no prazo previsto, ainda mais quando o beneficiário da cassação é precisamente ele, o Estado, que está sofrendo os efeitos do ato judicial?

Nessas condições, há nos precedentes legislativos pelo menos três hipóteses que não podem ser confundidas: aquela, tipificada pelo art. 39 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, que veda a concessão de liminar pura e simplesmente; aquela, representada pelo art. 1º, letra "b", da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, que limita o tempo de eficácia da liminar; finalmente, aquela, cujo exemplo mais remoto está na Lei nº 2.770, de 04 de maio de 1956, que visa a evitar o deferimento de liminares desvirtuadas. Nenhuma pode servir de parâmetro para a análise

da constitucionalidade da Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990. A primeira e a terceira restringem unicamente a liminar; uma para evitá-la em casos específicos, motivadores de abusos por falta de observância da técnica da respectiva concessão; outra para impedi-la quanto à aplicação de determinada lei, a de nº 4.357, de 16 de julho de 1964, "in verbis":

Não será concedida medida liminar em mandado de segurança, impetrado contra a Fazenda Nacional, em decorrência da aplicação da presente lei (art. 39). A segunda constitui caso de lei ineficaz, que só não foi expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade, porque revogada pela dessuetude.

Para fins de comparação, o exemplo que mais se aproxima é o do citado art. 39. Com a diferença, básica, de que a virtuosidade da sentença em mandado de segurança, a de que sua execução é imediata, não foi então afetada. Aqui os efeitos da sentença, tanto no mandado de segurança quanto na ação cautelar, estão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, detalhe que prejudica a funcionalidade dessas ações. Sem a possibilidade do provimento judicial, bem assim da execução da sentença antes de confirmada pelo Tribunal, o mandado de segurança e a ação cautelar não têm sentido. Daí a conclusão de que, no sentido próprio, não há precedentes legislativos com o alcance da Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990.

### **A QUESTÃO CONSTITUCIONAL ESSENCIAL**

A envergadura desse ataque ao mandado de segurança e à ação cautelar - enfatize-se, não apenas contra os provimentos liminares neles deferidos - traz consigo a questão de saber se há aí ataque à garantia da tutela jurisdicional, posto no art. 5º, item XXXV, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito". O respectivo exame deve partir da premissa de que há meios e meios de evitar o

controle judicial. O art. 7º do Ato Institucional nº 1, de 1964, depois de prever demissões e transferências após investigação sumária, estabeleceu no parágrafo 4º que "o controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência e oportunidade". Já o art. 10 do Ato Institucional nº 5, de 1968, foi mais longe ao dispor que "excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos". Tais são exemplos de exclusão explícita da tutela jurisdicional, só possíveis em nível para constitucional. As hipóteses de afronta ao direito de ação, no âmbito da lei, obviamente não se manifestam como tal. Nessa linha deve-se indagar se o dispositivo legal que inutiliza um procedimento judicial afronta a garantia constitucional do direito de ação. A resposta, salvo melhor juízo, depende do procedimento judicial, cuja supressão, em nível de constitucionalidade, deve ser avaliada pelo critério da razoabilidade, passível da seguinte síntese aqui: o procedimento judicial prevê que o Estado - em sentido lato - possa suspender a execução da sentença por motivos de interesse público, ou não? Aquele que, dotado de dispositivos que assegurem o direito individual sem descuidar dos interesses públicos, não pode ser inibido. Aquele que desatende essa exigência pode ser limitado, porque os interesses individuais devem aguardar o provimento judicial do tribunal quando há risco de comprometimento do interesse público.

A tutela jurisdicional no mandado de segurança é, desde esse ponto de vista, completa. O juiz examina a pretensão do impetrante, deferindo ou indeferindo a ordem exclusivamente pela ótica do direito individual. Se a sentença é concessiva e pode trazer grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender sua execução. Observe-se: o juiz decide a respeito da lide; o Presidente do

Tribunal, a propósito dos efeitos da sentença, tendo presente, não o direito, mas o interesse público. Não o interesse de quem governa, ou o interesse público visto pelo prisma de quem está no governo, mas o interesse público reconhecido por outro Poder. Quer dizer, quem tendo o direito de tutelar judicialmente o interesse público, faz por evitar a atuação do Poder Judiciário, desnaturando uma ação com estatutura constitucional, contraria a Constituição. A colisão se dá, não pela eliminação da liminar, que o rito sumário do mandado de segurança compensa, mas pela supressão do efeito imediato da sentença.

Outro tanto não se dá com a ação cautelar. Estranhamente, a Lei nº 7.969, de 22 de dezembro de 1989, que estendeu aos procedimentos cautelares a proibição de liminares visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim à concessão de aumento ou extensão de vantagens, ao mesmo tempo em que atribuiu efeito suspensivo à remessa "ex officio" em sentenças concessivas nessas matérias, não seguiu o regime do mandado de segurança em relação a provimentos judiciais que pudessem lesar o interesse público a propósito de outros temas. De sorte que aí a restrição não pode ser interpretada como uma forma de subtrair do controle do Poder Judiciário a avaliação do que seja interesse público.

### **QUESTÃO CONSTITUCIONAL ACIDENTAL**

No nosso ordenamento jurídico coexistem o controle difuso (caso a caso) e o controle direto (genérico) da constitucionalidade das leis. No primeiro caso, o juiz, reconhecendo a inconstitucionalidade, deixa de aplicar a lei no caso concreto, sem que isso tenha reflexos em outros processos, ao menos por efeito direto. No segundo caso, o Supremo Tribunal Federal, provocado pela ação direta de constitucionalidade, expurga, se for o caso, a norma inválida, julgado que tem efeito "erga omnes".

Se em ação direta a norma jurídica for julgada inconstitucional, o juiz não pode aplicá-la nem deixar de aplicá-la. Ela já não é uma norma válida. A ação direta oportuniza, todavia, provimento liminar sempre que a norma que se quer ver declarada inconstitucional puder acarretar danos irreparáveis.

"Quid", se o Supremo Tribunal Federal, proferindo decisão sobre o pedido cautelar, deixar de provê-lo? O juiz estará, no caso concreto, impedido de reconhecer a inseparabilidade do dano que, em termos genéricos, não foi detectado na ação direta?

Essas considerações são atuais, porque a Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, está sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal indeferiu, todavia, o pedido que visava a suspender-lhes os efeitos liminarmente.

Se o juiz não está vinculado à tal decisão - e parece que não está, seja porque um juízo genérico sobre danos não prefere sobre um juízo específico, seja porque a eficácia "erga omnes" é um efeito do provimento sobre a constitucionalidade, e não sobre a cautela - é bem verdade que ela favorece a presunção de constitucionalidade da Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, porquanto não se pode encobrir o fato de que danos irreversíveis terão sido já consumados, seguramente, sob sua égide.

## **AS LIMINARES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

A Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, nominada pelo art. 1º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967, do Código Tributário Nacional, passou - com a Constituição Federal de 1967 — a ter força de lei complementar. Tudo porque, embora sendo da espécie Ordinária, legislou sobre matéria que no novo regime é privativo de lei



complementar, a única que agora pode alterá-la no que tiver a natureza de norma geral de direito tributário.

A questão tem relevância porque o art. 151, IV, do citado diploma legal dispõe no sentido de que "suspendem a exigibilidade do crédito tributário: a concessão da medida liminar em mandado de segurança". Se esse artigo for reconhecido como norma geral de direito tributário, a conclusão é a de que a Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, não o atinge. Medida provisória não se sobrepõe à lei complementar. Nessa linha, o crédito tributário constituído por obra das leis e medidas provisórias aludidas na Medida Provisória nº 182, de 23 de abril de 1990, poderá ter a exigibilidade suspensa por liminar.

À primeira vista, parece que a medida liminar em mandado de segurança suspenderia a exigibilidade do crédito tributário mesmo que não constasse do rol do art. 151 do Código Tributário Nacional e que a medida liminar em ação cautelar nele não foi previsto, porque à época da edição da Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966 não haviam os provimentos inominados. Tudo como decorrência da supremacia constitucional do Judiciário para dirimir questões contenciosas. Nessa linha a explicitação da medida liminar em mandado de segurança como meio de suspender a exigibilidade do crédito tributário teria apenas caráter didático e não teria alcançado a medida liminar em ação cautelar porque então só existiam as medidas típicas (arresto, seqüestro, busca e apreensão, etc.). Em consequência, o art. 151, IV do Código Tributário Nacional não se revestiria da condição de norma geral de direito tributário e, como corolário, seria regra heterotópica sem o "status" de lei complementar.

Há, no entanto, razões para acreditar que a norma tem caráter de lei complementar. Primeira, a de que trata o art. 141 do Código Tributário Nacional, a cujo teor "o crédito tributário regularmente

constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias". Quer dizer, a exigibilidade do crédito tributário só pode ser suspensa nos casos previstos pelo art. 151. Segunda, a de que, nos termos do art. 111, inc. I, do Código Tributário Nacional, "interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário". Ou seja, as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são clausuladas, e, demais disso, de interpretação restrita à letra da lei. A importância dada ao tema revela que os arts. 111, 141 e 151 são normas gerais de direito tributário, dispondo, portanto, da força de lei complementar.

Por outro lado, a exclusividade das medidas liminares em mandado de segurança, como meio judicial de suspender a exigibilidade do crédito tributário, faz sentido. O mandado de segurança supõe prova pré-constituída documentalmente. O respectivo processo é sumário. De modo que aí estão as justificativas para que a medida liminar possa nele suspender a exigibilidade do crédito tributário. Com efeito, documentalmente comprovada, "initio litis", a relevância do direito invocado pelo contribuinte, a Fazenda Pública poderá aguardar a sentença de 1º grau, cuja apelação não tem efeito suspensivo, como já visto. Na ação cautelar as coisas se passam diferentemente, porque ela não enseja a dilação probatória. A medida liminar num processo dessa natureza, que pode demorar muito tempo, contraria o interesse público, porquanto o juiz deverá concedê-la sem ter presentes todos os fatos indispensáveis à decisão da causa, fazendo com que a presunção de legitimidade de que goza o crédito tributário fique na dependência de sua intuição, o que é contra os princípios.

Para as hipóteses em que a presunção de legitimidade do crédito tributário não pode ser elidida desde logo por documentos, o contribuinte tem a seu dispor a possibilidade de suspender a respectiva exigibilidade mediante o depósito da quantia litigiosa. O depósito desta é um direito do contribuinte, e suspende a exigibilidade do crédito tributário até decisão final irrecorrível contra o contribuinte. A liminar perdura até a sentença de primeiro grau, sendo substituída pela eficácia desta, se concessiva, tornando-se insubsistente quando denegatório o julgado.

### **Observações:**

1. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ciclo relativo a "Temas Atuais de Direito Tributário", promovido pelo Departamento de Direito Econômico e do Trabalho (25.05.90).

2. A Medida Provisória nº 182 não foi apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 30 (trinta) dias, e o Poder Executivo fez por reeditá-la sucessivamente até que foi convertida na Lei nº 8.076, de 23 de agosto de 1990.